

---

## **DO NÃO CABIMENTO DA LIBERDADE PROVISÓRIA COM OU SEM FIANÇA PELAS REGRAS ATUAIS DO CPP**

**EDMILSON VILLARON FRANCESCHINELLI**  
**Professor do Curso de Direito do UNIPINHAL.**

### **DA LIBERDADE PROVISÓRIA**

A liberdade provisória pressupõe a existência de dois requisitos básicos que são: a)- a existência de prisão legal, b)- a imposição de determinadas condições para serem cumpridas pelo beneficiário.

A liberdade pressupõe prisão legal, posto que tem a finalidade de substituir a prisão pela imposição de determinadas condições que, quando descumpridas, reconduz o beneficiário ao encarceramento cautelar provisório. Impossível seria reconduzir alguém a uma prisão ilegal.

A liberdade provisória possui a natureza jurídica de direito subjetivo do indiciado ou acusado, de forma que, estando presente os seus pressupostos não poderá ser negada. Este direito encontra-se consagrado no inciso LXVI do art. 5º da CF, segundo o qual ninguém será levado à prisão quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança. Nestes termos, embora possua a liberdade provisória a finalidade de substituir uma prisão legal, na prisão em flagrante, ela figura, antes, como condição de encarceramento, posto que a mencionada regra constitucional é clara em determinar que ninguém será levado à prisão quando a lei admiti-la, com ou sem fiança. Assim, em respeito a esse preceito constitucional, quando o delegado de polícia não fosse a autoridade competente para decidir sobre o cabimento ou não da liberdade provisória, não poderia o cidadão ser encarcerado enquanto o juiz não se manifestasse a respeito do cabimento ou não da liberdade provisória. Mas, o Direito Processual Penal, ainda inspirado nos tempos da ditadura militar, determina que se lavre o auto de prisão em flagrante, efetue-se o encarceramento do conduzido, para só depois determinar o comunicado da prisão ao juiz competente (§ 1º do art. 326), de tal forma que de nenhuma utilidade é a regra constitucional que proíbe a prisão quando a lei admite a liberdade provisória. Dizem que os políticos mentem, mas as palavras da lei, por vezes, também cometem o mesmo pecado.

A liberdade provisória deve constituir-se em condição impeditiva e interruptiva da prisão em flagrante, no primeiro caso impedindo o encarceramento, no segundo, revoga-o.

Contra a decisão do juiz que indefere o pedido de liberdade provisória cabe habeas corpus à superior instância. Contra a decisão que concede o benéfico cabe recurso em sentido estrito (art. 581, V).

Mas o uso da interpretação sistemática em relação a vários preceitos normativos que regem as prisões cautelares conduzem à conclusão do não cabimento da liberdade provisória como argumentaremos a seguir.

### **DO NÃO CABIMENTO DA LIBERDADE PROVISÓRIA COM OU SEM FIANÇA PELAS REGRAS ATUAIS DO CPP**

O que se deve entender por liberdade provisória?

Qual a distinção entre a liberdade provisória, o relaxamento e a revogação da prisão cautelar?

Não há como analisar a liberdade provisória sem antes responder às indagações acima.

Para a doutrina o relaxamento da prisão cautelar ocorre em casos de sua ilegalidade, enquanto que a sua revogação verifica-se quando não mais estão presentes os motivos que a justificam. Já a liberdade provisória compreende a substituição de uma prisão legal pela fiança e/ou imposições de determinadas condições.

A ilegalidade da prisão provisória se dá pela não observância da sua forma procedimental, pela ausência de seus pressupostos ou de sua motivação. Assim, por exemplo, se o auto de prisão em flagrante não obedece ao procedimento estabelecido em lei, com o depoimento de duas testemunhas, do condutor e do conduzido, será caso de ilegalidade e, por conseguinte, de relaxamento da prisão.

Da mesma forma, haverá ilegalidade com o consequente relaxamento da prisão provisória quando não estiverem presentes os pressupostos para a sua decretação. Pelas regras dos arts. 313 e 314, estes pressupostos são: a)- prova da existência do crime; b)- indício suficiente de autoria; c)- crime doloso; d)- pena de reclusão; e)- pena de detenção, quando o indiciado for vadio ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, ele não fornecer elementos para esclarecê-la, ou quando já tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 64, I do CP, ou nos crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher, quando não forem cumpridas as medidas protetivas de urgência impostas pelo juiz; f)- não haver provas de ter o agente praticado o fato amparado por causas de exclusão da antijuridicidade ou da culpabilidade.

Para que não haja ilegalidade da prisão, os pressupostos constantes das letras “a”, “b”, “c” e “f” acima devem estar presentes sempre, devem ser analisados e motivados em todas as decisões que decretam a prisão preventiva.

Já os demais pressuposto constantes das letras "d" e "e", são alternativos, pois basta a presença de um deles para motivar a decretação da prisão preventiva, mas deverá coexistir juntamente com todos os pressupostos das letras "a", "b", "c" e "f", caso contrário, haverá ilegalidade da prisão e o seu relaxamento será medida de lei.

A revogação da prisão cautelar, por seu turno, se dá pela ausência ou pelo desaparecimento dos motivos que justificaram a sua decretação, ou seja, pela inexistência ou desaparecimento dos motivos que constituem o periculum in mora. Assim, o pedido de revogação da prisão pode ocorrer e ser reiterado em qualquer momento do processo, desde que haja modificação da situação fática que façam desaparecer a sua motivação. Pelo disposto no art. 312, são pressupostos cuja ausência ensejam o pedido de revogação da prisão preventiva: a)- garantia da ordem pública; b)- garantia da ordem econômica; c)- conveniência da instrução criminal; d)- assegurar a aplicação da lei penal. Estes pressupostos são alternativos, basta a presença de um deles para que esteja amparada a prisão cautelar, a ausência de todos é que levará à sua revogação.

Em verdade, tanto o relaxamento como a revogação da prisão cautelar decorrem da existência de ilegalidade. Em outras palavras, tanto a ausência dos pressupostos constantes dos arts. 313 e 314, como dos motivos constantes do art. 312, conduzem a ilegalidade da prisão preventiva.

Mas será que a prisão em flagrante não se equilibra nestes mesmos pressupostos e motivações atinentes à prisão preventiva? Se pelo princípio da presunção de inocências e do devido processo legal, ninguém pode ser privado de sua liberdade sem processo e sem decisão condenatória com trânsito em julgado, quais são os pressupostos que embasam a prisão em flagrante? Ora, se a prisão em flagrante constitui-se em uma medida cautelar, como a prisão preventiva, evidente que ambas devem possuir os mesmos pressupostos e motivações.

Mas segundo o Código de Processo Penal, a liberdade provisória será cabível nos seguintes casos: a)- quando o réu se livrar solto (art. 321); b)- quando o réu prestar fiança (arts. 322 e segs); c)- em caso de prisão em flagrante, quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato amparado por uma causa de exclusão da ilicitude (art. 310); d)- em caso de prisão em flagrante quando ausentes os motivos que ensejam a prisão preventiva (art. 310, parágrafo único).

Ora, quando ausentes os motivos que ensejam a prisão preventiva, qual periculum in mora ampara a legalidade da prisão em flagrante?

A principal finalidade da liberdade provisória é substituir uma prisão legal pela imposição de determinadas condições, como a obrigação do réu comparecer a todos os atos do processo,

sob pena de sua revogação e recondução à prisão. Mas como reconduzir o réu à uma prisão ilegal, posto que imotivada?

Um estudo mais profundo do tema conduz à certeza de que todas as hipóteses de liberdade provisória regradas pelo legislador, configuram, na verdade, casos de relaxamento ou de revogação da prisão. Casos estes, evidentemente, que não comportam a imposição de qualquer condição, pois envolvem prisão ilegal.

Em boa técnica, pode-se dizer ser impossível a aplicação da liberdade provisória no atual Direito Processual Penal Positivo, em qualquer de suas espécies legalmente previstas. Vamos então aos argumentos.

### **DA INOCORRÊNCIA DA LIBERDADE PROVISÓRIA QUANDO O RÉU SE LIVRA SOLTO**

Na hipótese em que o réu se livra solto (art. 321), não há a imposição de qualquer condição. Nos termos do art. 309, se o réu se livrar solto, deverá ser posto em liberdade, depois de lavrado o auto de prisão em flagrante. Se não há imposição de condições, não haverá a possibilidade do acusado ser levado à prisão em caso de descumprimento de qualquer delas e, se não há possibilidade legal dele voltar à prisão, não há que se falar em liberdade provisória.

### **DA IMPOSSIBILIDADE DA LIBERDADE PROVISÓRIA QUANDO PRESENTE QUALQUER DAS CAUSAS DE EXCLUSÃO DA ILICITUDE**

Preceitua o art. 310, “caput”, que quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato, nas condições do art. 23, I, II e III, do Código Penal, poderá, depois de ouvir o Ministério Público, conceder ao réu liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação. Em outras palavras, o art. 310 permite ao juiz substituir a prisão em flagrante pela liberdade provisória quando verificar que o agente praticou o fato amparado por uma excludente de ilicitude. Ocorre que o art. 314 estabelece que a prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato amparado por causa de exclusão da antijuridicidade. Paradoxalmente, ao mesmo tempo em que a lei processual penal, tendo em conta a possibilidade do agente ter agido sob o possível amparo de uma discriminante, proíbe a decretação da prisão preventiva, permite a decretação da prisão em flagrante, possibilitando apenas em relação a esta última medida a concessão da liberdade provisória. Entendemos não existir um motivo que possa justificar esta divergência de tratamento, razão pela qual existe evidente afronta ao princípio da isonomia consagrado no art. 5º, “caput”, da CF, sendo o art. 310, por isso, inconstitucional. Qual o

motivo justifica esta discrepância de tratamento? Por qual razão a possibilidade de ter o agente agido amparado por uma causa de exclusão da ilicitude impede a decretação das prisão preventiva, mas autoriza a prisão em flagrante?

Ora, se a prisão em flagrante deve ser regida pelos mesmos pressupostos que condicionam a decretação da prisão preventiva, por força do art. 314, ilegal será a sua manutenção quando houver a possibilidade de que o agente possa ter praticado a conduta típica amparado por causa de exclusão da antijuridicidade, razão pela qual a regra contida no “caput” do art. 310 constitui paradoxo, já que impõe o cabimento de liberdade provisória para substituir uma prisão ilegal que deveria ser apenas e unicamente relaxada.

Evidente que o art. 310, refere-se à existência apenas de indícios de que tenha o agente agido amparado por uma discriminante (art. 23 do CP), já que, se houver prova robusta a respeito dessa conduta, não haverá flagrante delito e nem a instauração do inquérito policial, posto que não há crime.

A mesma linha de raciocínio deve ser adotada quando houver indícios de ter o agente agido amparado por qualquer das causas de exclusão da culpabilidade.

#### **DA IMPOSSIBILIDADE DA LIBERDADE PROVISÓRIA QUANDO AUSENTES OS MOTIVOS QUE ENSEJAM A PRISÃO PROVISÓRIA**

Vimos no item 2.3.1.3 deste capítulo, que um dos princípios constitucionais que regem as prisões cautelares é o da fundamentação ou motivação, consagrados nos art. 5º, inciso LXI e art. 93, IX, ambos da CF.

Vimos também que a motivação possui dois aspectos, um de natureza instrumental e outro de natureza material.

A motivação instrumental constitui o aspecto formal de qualquer decisão judicial. Porém, a sentença final, deve conter além da motivação o relatório e a decisão. Mas não basta que a decisão judicial contenha uma motivação instrumental, é necessário que ela esteja de acordo com as provas e com a lei e nisso constitui a fundamentação material. Assim, por exemplo, uma decisão que decreta a prisão preventiva sob o argumento de que o acusado é feio demais, embora possa constituir uma motivação instrumental, não denota uma motivação material, já que não encontra amparo legal. Nas prisões cautelares a motivação material encontra o seu alburne nas hipóteses do art. 312.

Contudo, não basta que a motivação esteja presente ao tempo da prolação da decisão que decreta a prisão cautelar, pois ela sujeita-se ao estado rebus sic stantibus, de forma que, se desaparecer ao logo do processo criminal, dará ensejo a uma prisão ilegal, ou

inconstitucional por inobservância das regras contidas no art. 5º, LXI e art. 93, IX, ambos da CF.

Mas, paroxalmente, preceitua o art. 310 e seu parágrafo único que quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante a inoccorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva, depois de ouvir o Ministério Público, poderá conceder ao réu liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação. Prisão em flagrante imotivada é legal?

Ora pela expressão “qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva” deve-se compreender todos os pressupostos contidos nos arts. 312, 313 e 314. Se a Constituição Federal impõe a exigência da motivação das decisões judiciais a prisão preventiva deve possuir pressupostos cuja a ausência de qualquer deles dará causa a sua ilegalidade. O que provoca o engodo da não necessidade da motivação da prisão em flagrante é o fato dela decorrer de uma situação de fato e não de uma decisão judicial. O pressuposto da fundamentação das decisões judiciais é mais um argumento que revela a obrigatoriedade de haver uma decisão judicial prévia para que possa haver o encarceramento decorrente de uma prisão em flagrante.

Se a incidência da liberdade provisória pressupõe uma prisão legal, como poderá ser aplicada a uma prisão que não encontra amparo em qualquer dos motivos relacionados no art. 312?

Como pode o juiz conceder liberdade provisória a quem está submetido a uma prisão ilegal? Afinal, a ausência de motivação de uma prisão em flagrante é caso de revogação da prisão ou de liberdade provisória?

Para a doutrina, a liberdade provisória se distingue tanto do relaxamento como da revogação da prisão cautelar, posto que pressupõe uma prisão cautelar válida. Já no relaxamento e na revogação da prisão, há incidência de uma ilegalidade, razão pela qual ao preso é devolvida à liberdade de forma incondicional.

Na liberdade provisória não se verifica ilegalidade alguma, a prisão é legal, razão pela qual ela pode ser substituída pela fiança ou por determinadas condições a serem impostas ao beneficiário, podendo ser revogada a qualquer tempo restabelecendo-se a situação anterior, ou seja, a prisão.

Portanto, para que possa a liberdade provisória voltar a ser juridicamente possível, deve ser revogado o parágrafo único do art. 310, para possibilitar o seu cabimento quando presente o motivo que ampara a prisão cautelar.

### **DO NÃO CABIMENTO DA FIANÇA NO PROCESSO PENAL.**

A partir da Lei 6.416/77, que incluiu o inciso IV ao art. 324, ficou proibida a concessão da fiança quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312). Ora, quando ausentes os motivos da prisão preventiva, a prisão em flagrante se fundamenta em que *periculum in mora*? Só o fato do agente ter sido apanhado em estado de flagrante delito não constitui fundamento que, por si só, possa embasar uma prisão cautelar, mormente quando se tratar de flagrante impróprio em que a apenas presunção de autoria. Prisão imotivada é prisão ilegal, sujeita à *revogação* e não à *liberdade provisória*.

Portanto, a partir da Lei 6.416/77, todos que prestaram fiança o fizeram de forma irregular, já que pela ausência dos motivos ensejadores da prisão preventiva, deveriam ter suas prisões simplesmente revogadas.

Dessa forma, instaura-se o paradoxo, posto que estando presente os motivos que autorizam a prisão preventiva, impossível a concessão da fiança (inciso IV do art. 324) e, se ausentes tais pressupostos, haverá prisão ilegal que deve ser *revogada*, e não substituída por fiança.

Como os mesmos pressupostos e as mesmas *motivações* da prisão preventiva, também devem ser aplicados à prisão em flagrante, a conclusão que se chega é que incabível o instituto da fiança pelas atuais regras do Código de Processo Penal.

### **DOS CASOS EM QUE A LEI PROÍBE EXPRESSAMENTE A CONCESSÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA**

Em determinados casos o legislador proíbe expressamente a concessão da liberdade provisória com ou sem fiança.

Os casos em que a lei proíbe expressamente a liberdade provisória são os seguintes: a)- quando os agentes tenham tido intensa e efetiva participação em organização criminosa (art. 7º da Lei 9.034/95); b)- nos crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores (art. 3º da Lei 9.613/98); c)- nos crimes de tráfico de entorpecente (art. 44, da Lei 11.343/06); d)- nos crimes contra a economia popular ou de crime de sonegação fiscal (§ 2º do art. 325); e)- nos crimes hediondos (II, do art. 2º da Lei 8.072/90).

Nos termos do § 2º do art. 325, com a redação determinada pela Lei 8.035/90, nos casos de prisão em flagrante pela prática de crime contra a economia popular ou de crime de sonegação fiscal, não se aplica o disposto no art. 310 e seu parágrafo único, de forma que a liberdade provisória somente poderá ser concedida mediante fiança e por decisão do juiz competente e após a lavratura do auto de prisão em flagrante. Portanto, caso não seja cabível a fiança será mantida a prisão em flagrante.

A redação original do art. 2º e seu inciso II, da Lei 8.072/90, proibia a concessão da fiança e da liberdade provisória para os crimes hediondos. A lei era redundante, pois, como a liberdade provisória também compreende a fiança, bastaria o legislador proibir a concessão da liberdade provisória em qualquer de suas espécies. Posteriormente este mesmo preceito foi alterado pela Lei 11.464/07, passando a proibir apenas a concessão da fiança. Com essa nova redação, o legislador passou a permitir a liberdade provisória sem fiança.

Mas, como já vimos, em caso de *prisão em flagrante* a liberdade sem fiança só é possível nas hipóteses do art. 310 e seu parágrafo único, ou seja, quando o agente praticou a conduta típica amparado por uma discriminante, ou quando não mais existirem os motivos que justificam a prisão preventiva. Há um evidente tratamento diferenciado, uma ofensa ao princípio constitucional da isonomia (art. 5º da CF), por parte do legislador, pois o art. 314 proíbe a decretação da *prisão preventiva* quando o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato amparado por excludente da antijuridicidade, não dando o mesmo tratamento à prisão em flagrante. Se há proibição legal e, por conseguinte, flagrante *ilegalidade* na decretação de uma *prisão preventiva* quando houver indícios de ter agente praticado o fato amparado por uma causa de exclusão da ilicitude, por que esta mesma regra não se aplica à *prisão em flagrante*? Qual a desigualdade entre estas duas espécies de prisões cautelares à justificar a atitude discriminatória do legislador? Ora, não há desigualdade entre ambas as espécies de prisões cautelares, de forma que jamais poderia o legislador estabelecer como pressuposto para a concessão da *liberdade provisória* haver indícios de ter o agente atuado sob o amparo de uma discriminante, posto que nesse caso a prisão será *ilegal*, sujeita, portanto, à revogação.

O segundo pressuposto, imposto pelo parágrafo único do art. 310, para a concessão da liberdade provisória é que não estejam presentes os *motivos* ensejadores da prisão preventiva. Ocorre que a prisão preventiva sem *motivação* ou *fundamentação* é um ato inconstitucional (art. 93, IX, da CF), o mesmo ocorrendo em relação à prisão em flagrante em decorrência do princípio constitucional da isonomia (art. 5º, da CF). A Constituição Federal obriga que todas as decisões judiciais sejam *motivadas*, mas, paradoxalmente, não exige que o ato mais grave a ser tutelado pela atividade do Poder Judiciário, que é restrição da liberdade pela prisão em flagrante, possua tal formalidade. Mas será que é justa uma prisão em flagrante imotivada? Evidente que não. Tanto a *prisão preventiva* como a *prisão em flagrante* são *prisões cautelares* e dependem da presença do pressuposto do *periculum in mora* para serem decretadas e mantidas, razão pela qual, qualquer prisão cautelar *imotivada* é *ilegal* e, como tal, não poderia sujeitar-se à liberdade provisória, mas, sim, à revogação. A liberdade provisória depende de uma prisão cautelar legal.



Como o legislador erroneamente impõe o cabimento da *liberdade provisória* em casos de *prisões ilegais*, quando proíbe peremptoriamente a concessão desse instituto para determinados crimes, impede que elas sejam *revogadas*.

Lembro-me de certo caso ocorrido no fim do ano de 1990, em que um determinado indivíduo, foi preso em flagrante delito em uma cadeia pública, no horário de visita, quando tentava passar pequena quantidade de maconha para um dos presos. O Ministério Público ao proferir parecer em um pedido de revoga;ao da prisão sustentou que não havia qualquer dos motivos previstos no art. 312 amparando a prisão cautelar, manifestando-se pela sua revogação. O juiz decidiu, pura e simplesmente, em duas linhas, dizendo: “a nova lei de crimes hediondos (Lei 8.072/90), em seu art. 2º, inciso II, proíbe a concessão de fiança e da liberdade provisória. Por essa razão, mantenho a prisão do réu.” Nota-se que neste caso foi negado um pedido de *revogação* de uma prisão ilegal, sob o argumento de não cabimento da *liberdade provisória*. Ora, se a prisão é ilegal, evidente o não cabimento da liberdade provisória.

Há uma inversão por parte do legislador, da doutrina e da jurisprudência, no tocante à visão jurídica que se deve ter em relação a concessão da *liberdade provisória*, pois se este instituto pressupõe uma *prisão legal* não pode prescindir dos motivos que dão amparo ao *periculum in mora*, pressuposto este inafastável em qualquer medida cautelar, mormente as que tem por objeto a restrição da liberdade. Assim, por exemplo, só deveria o juiz substituir determinada prisão preventiva decretada para a manutenção da ordem pública, pela concessão da liberdade provisória com ou sem fiança e com imposição de determinadas condições, caso entendesse que esta medida pudesse ser o suficiente para afastar o perigo que determinou a decretação daquela medida cautelar. .

A visão atual de que a liberdade provisória só é cabível quando ausente os motivos que ensejam a decretação da prisão cautelar, conduz à conclusão de que o legislador, ao proibir o cabimento do instituto para os crimes acima mencionados, cria uma *presunção legal absoluta* de que os mesmos violam a manutenção da ordem pública. Manifestando-se contra esta presunção do legislador o Ministro do STF Celso de Mello, sustentou no julgamento do HC 97.976: “o legislador não pode substituir-se ao juiz na aferição da existência, ou não, de situação configuradora da necessidade de utilização, em cada situação concreta, do instrumento de tutela cautelar penal”, o que, em outras palavras, significa dizer que compete ao Judiciário verificar as circunstâncias peculiares de cada caso e decidir pela prisão preventiva ou não do acusado.” É bem verdade que não cabe ao legislador decidir em que caso há violação da ordem pública, porém somente quando ela estiver presente, a sustentar determinada prisão cautelar, haverá prisão legal, pressuposto imprescindível para que possa haver a concessão da liberdade provisória.

De qualquer forma, a insustentável posição do legislador de proibir, em alguns casos, a incidência da liberdade provisória, jamais poderia inibir a concessão do *relaxamento* e da *revogação* das prisões ilegais, pois são institutos jurídicos distintos, o primeiro pressupõe prisão legal e estes, prisão ilegal.

Na jurisprudência o STF sustentou reiteradamente o não cabimento da liberdade provisória sem fiança em crime de tráfico de drogas, sob o argumento de que, a hipótese encontra amparo no art. 44 da Lei 11.343/06 (nova Lei de Tóxicos), que é norma especial em relação ao parágrafo único do art. 310 do CPP e ao art. 2º, II da Lei de Crimes Hediondos, com a nova redação dada pela Lei 11.464/2007.<sup>1</sup> No mesmo sentido também já decidiu o STJ.<sup>2</sup> Porém, em recente decisão monocrática o Ministro Celso de Mello, concedeu liminar em ordem de *habeas corpus*<sup>3</sup>, para permitir a concessão de liberdade provisória na espécie, sustentando, em suma que eminentes penalistas sustentam a inconstitucionalidade da vedação legal à liberdade provisória prevista no art. 44 da Lei nº 11.343/2006, e que a regra consubstanciada no art. 21 da Lei nº 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento), de conteúdo idêntico, pois estabelecia que nos crimes previstos nos arts. 16, 17 e 18 são insuscetíveis de liberdade provisória, já foi declarada inconstitucional pelo STF e conclui: *“Essa vedação apriorística de concessão de liberdade provisória, reiterada no art. 44 da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), tem sido repelida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que a considera incompatível, independentemente da gravidade objetiva do delito, com a presunção de inocência e a garantia do “due process”, dentre outros princípios consagrados pela Constituição da República. ...Essa mesma situação registra-se em relação ao art. 7º da Lei do Crime Organizado (Lei nº 9.034/95), cujo teor normativo também reproduz a mesma proibição que o art. 44 da Lei de Drogas estabeleceu, “a priori”, em caráter abstrato, a impedir, desse modo, que o magistrado atue, com autonomia, no exame da pretensão de deferimento da liberdade provisória.”* Caso os fundamentos desta medida liminar sejam acolhidos por ocasião do julgamento final do writ, provavelmente todas as proibições legais à concessão da liberdade provisória aqui expostas passem a ser consideradas inconstitucionais. Resta saber quando será cabível a liberdade provisória já que, quando presentes os motivos para a decretação da prisão cautelar ela é proibida (art. 324, IV) e, quando ausentes estes motivos, a hipótese é de *revogação* da prisão. Não basta permitir o uso da liberdade provisória é necessário uma modificação da legislação, para que ela deixe de substituir prisões ilegais que comportam a *revogação* pura e simplesmente, por ausência de motivação (art. 312).

De outro lado, as regras que proíbem a concessão da liberdade provisória, restringem o direito subjetivo de liberdade e, portanto, possuem nítida natureza de Direito Material, ou de Direito

<sup>1</sup> STF - HC 93.000-MG. HC 93.229-SP. HC 97579.

<sup>2</sup> STJ- RHC 24.718/MG.

<sup>3</sup> STF – HC 97.976.

Penal, de forma que a Lei 11.464/07, que passou a permitir a liberdade provisória sem fiança nos crimes hediondos, por ser norma mais benéfica, fica sujeita ao princípio da retroatividade da lei mais benéfica, consagrado no inciso XL do art. 5.º, da CF e art. 2.º, parágrafo único do Código Penal, para alcançar todas as prisões cautelares decretadas antes de sua vigência.

As liberdades provisórias proibidas por leis, que venham a ser declaradas inconstitucionais pelo STF, passam a ser automaticamente permitidas? Depende. Nos casos do art. 21 do Estatuto do Desarmamento (Lei nº.10.826/2003), como a inconstitucionalidade foi declarada por meio de ação direta de inconstitucionalidade, controle concentrado, a decisão terá efeito *erga omnes* (parágrafo único do art. 28, da Lei 9.868/98) independentemente de resolução do Senado Federal. Em se tratando de controle difuso, via *habeas corpus*, a decisão de inconstitucionalidade possui efeito apenas entre as partes, salvo se houver resolução do Senado Federal, suspendendo a eficácia da lei (art. 52, X da CF).

O *habeas corpus* constitui controle *difuso* de inconstitucionalidade. Difuso posto que qualquer prejudicado pela inconstitucionalidade terá legitimidade para arguí-la.